Prof. Dr. iur. habil. Michael Elicker

Hochschullehrer für Staats- und Verwaltungsrecht,
Steuer- und Finanzrecht sowie Verfassungsgeschichte
an der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität des Saarlandes

Deutscher Bundestag
Ausschuss f. Gesundheit

Ausschussdrucksache
19(14)197(9)
zur öAnh am 9.9.2020 - COVID19
07.09.2020

Stellungnahme

A. Zum Antrag der FDP-Fraktion auf Beschluss des Deutschen Bundestages, dass die epidemische Lage von nationaler Tragweite nicht mehr gegeben sei und zur Aufhebung der Feststellung vom 25.03.2020, BT-Drucksache 19/20046

I. Beschluss, dass die Voraussetzungen für die Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite im Sinne des § 5 Abs. 1 IfSG nicht mehr vorlägen

Hinsichtlich dieser ersten Forderung sehe ich den Antrag als nicht ganz ehrlich an. Man sollte offen aussprechen, was Sache ist: § 5 IfSG stellt schlicht und einfach keine rechtlichen Kriterien bereit, anhand derer man beurteilen könnte, ob eine epidemische Lage von nationaler Tragweite vorlag, weiter vorliegt oder nicht mehr vorliegt. Dem muss man sich stellen. Man kann hierüber nicht den Mantel des Schweigens breiten, denn die nächste „Lage“, in der von der umstrittenen Ermächtigung Gebrauch gemacht werden wird, wenn sie so bleibt wie sie ist, kommt bestimmt.

Dem Deutschen Bundestag standen bei Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite keine rechtlichen Kriterien zur Seite und es stehen ihm auch für die Beurteilung des Fortbestehens einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite keine rechtlichen Kriterien zur Verfügung. Gerade der Antrag der FDP macht doch das unauflösliche rechtliche Dilemma der Regelung deutlich: Der voraussetzungslose Tatbestand scheint die Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite alleine dem Gutdünken des Bundestages zu überlassen. Die Verpflichtung des Bundestages allerdings, nach § 5 Abs. 1 Satz 2 IfSG die Feststellung nach Satz 1 wieder aufzuheben, wenn ihre Voraussetzungen entfallen sind, lässt diese Deutung wiederum nicht zu. Diese „Rückholpflicht“ setzt vielmehr eine laufende Kontrolle anhand vorher feststehender rechtlicher Kriterien voraus. Nur wenn diese Maßstäbe gesetzlich festgelegt wären, könnte beurteilt werden, ob eine relevante Veränderung der Situation im rechtstatsächlichen Bereich eingetreten ist.

Aber schon die Voraussetzungslosigkeit und inhaltliche Ungebundenheit des Bundestages, wäre diese konsequent umgesetzt, ist verfassungsrechtlich abzulehnen. Im Hinblick auf die Wesentlichkeitsrechtsprechung der Verfassungsgerichtsbarkeit genügt es für die rechtliche Grundlegung in hohem Maße grundrechtsrelevanter Eingriffe nicht, dass der Bundestag überhaupt tätig wird, sondern es muss der - nicht nur aus dem Bundestag bestehende - Gesetzgeber tätig werden, und zwar im hier alleine richtigen transparenten und verfassungsrechtlich geordneten Verfahren zur Schaffung eines sog. formell-materiellen Gesetzes.

Die bisherigen Versuche, dem § 5 IfSG die somit verfassungsrechtlich geforderten Feststellungsvoraussetzungen zu entnehmen bzw. zu unterlegen, können nicht überzeugen:

– *Der Rekurs* auf die Gesetzesbegründung die „eine durch das neuartige Corona Virus SARS-CoV-2 verursachte bundesweite Epidemie“ erwähnt und somit auf die historische Lage abzustellen scheint, überzeugt schon deshalb nicht, weil dann das Erfordernis einer eigenständigen Feststellung unabhängig von der konkreten Gesetzesänderung keinen Sinn machen würde. Für die Feststellung der Beendigung bliebe es beim oben aufgezeigten Dilemma.

– Auch der Versuch, die *„epidemische Lage von nationaler Tragweite“ als medizinischen Fachbegriff* zu deuten, führt nicht weiter. Dieser Begriff ist in der medizinischen Wissenschaft nicht diskutiert worden als ein Rechtsbegriff, der Voraussetzung für eine fast unüberschaubare Fülle von Befugnissen in der Hand der Exekutive sein soll. Auch ist diese Begrifflichkeit im medizinischen Sprachgebrauch kein Begriff, der die im juristischen Kontext notwendige Trennschärfe besitzt, dessen Vorliegen also heute zu bejahen und morgen ggf. zu verneinen wäre. Auch wird die Feststellung vom Deutschen Bundestag getroffen, nicht von einem Sachverständigenrat der Epidemiologen. Die Feststellung kann daher auch nicht allein von medizinisch-fachlichen Voraussetzungen abhängen. Eine solche mithin auch wertende Betrachtung wäre dann konsequenterweise dem Bundestag als dem unmittelbar demokratisch legitimierten Verfassungsorgan zuzuweisen, wie es das Gesetz tut. Es bleibt auch hier dabei, dass aus diesem Ansatz die Kriterien für diese Wertung, für das Vorliegen oder Nichtvorliegen einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite nicht entwickelt werden können.

II. Beschluss, die Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 25.03.2020 aufzuheben

Eingedenk der Tatsache, dass die Rechtsgrundlage nicht nur wegen ihrer Unbestimmtheit verfassungswidrig ist, sondern eine Reihe von schweren verfassungsrechtlichen Defiziten aufweist, ist die Aufhebung unverzüglich vorzunehmen. Fakt ist ja,

dass auf dieser „Rechts"-Grundlage, auch wenn ihre Verfassungswidrigkeit weithin erkannt ist, z.T. belastende hoheitliche Maßnahmen gegenüber dem Gewaltunterworfenen getroffen werden. Das Verdikt der Verfassungswidrigkeit wird von der bereits herrschenden Meinung im wissenschaftlichen Schrifttum vor allem auf folgende – hier nur sehr kurz zusammengefasste – Gründe gestützt:

1. Verstoß gegen Art. 83 GG wegen verfassungswidriger Beschränkung der Verwaltungskompetenz der Länder

Mit den Anordnungskompetenzen, die dem Bundesminister für Gesundheit aus § 5 Abs. 2 IfSG zuwachsen, wird der nach Art. 83 GG den Ländern obliegende Vollzug des Gesetzes dem Bundesminister für Gesundheit selbst überantwortet. Die damit einhergehende Verschiebung grundgesetzlich festgelegter Zuständigkeiten durch ein einfaches Bundesgesetz ist verfassungsrechtlich nicht möglich.

> Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, WD 3 - 3000 - 080/20, S. 10.

2. Verstoß gegen Art. 80 Abs. 1 GG - Parlament darf sich nicht seiner Verantwortung als gesetzgebende Körperschaft entäußern

Die Ermächtigung der Exekutive, durch Rechtsverordnungen Ausnahmen von Gesetzesvorschriften zuzulassen, ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nur in engen Grenzen und unter engen Voraussetzungen möglich. Es darf dabei nämlich innerhalb des Staatsgefüges nicht zu einer „Gewichtsverschiebung zwischen gesetzgebender Gewalt und Verwaltung" kommen.

> BVerfGE 8, 155 (171).

Der Gesetzgeber kann „den Vorrang des Gesetzes als Prinzip nicht beseitigen".

> BVerfGE 8, 155 (170 f.).

Die Verordnungsermächtigungen in § 5 Abs. 2 IfSG stellen eine verfassungswidrige „Selbstentmachtung" des Gesetzgebers dar.

> Hollo, in Kießling, IfSG, 1. Aufl. 2020, § 5 Rn. 21 ff.; *Gärditz/Abdulsalam* GSZ 2020, 108 (114); *Möllers* Verfassungsblog v. 26. 3. 2020; *Lindner* in Schmidt, § 16 Rn. 46; WD 3 - 3000 - 080/20, S. 6: „zumindest erheblich problematisch".

Gerade hinsichtlich der Weite und Bedeutung der in Bezug genommenen Normen wird die Vereinbarkeit mit Art. 80 Abs. 1 GG und mit den Anforderungen an gesetzesänderndes Verordnungsrecht sehr bezweifelt.

Ritgen LK 2020, 137 (139); *Kluckert* in Kluckert., § 2 Rn. 149.

3. Verstoß gegen Art. 20 Abs. 3 GG - Bindung der Exekutive an Recht und Gesetz

Der Bundesgesundheitsminister kann nach § 5 IfSG in sehr weitreichender Weise das ihn bindende Recht und Gesetz außer Kraft setzen und durch selbst geschaffenes Recht ersetzen. Das ist im gewaltenteilenden und der Herrschaft des Gesetzes verpflichteten Rechtsstaat bereits ein Unding.

Kingreen, lto.de v. 23. 5. 2020; *Gärditz/Abdulsalam* GSZ 2020, 108 (114).

Außerdem sind die Grenzen der Ermächtigung nicht „eindeutig“ im Sinne der Rechtsprechung des Bundsverfassungsgerichts – s. BVerfGE 8, 155 (171).

WD, WD 3 - 3000 - 080/20, S. 6; Hollo, in Kießling, IfSG, 1. Aufl. 2020, § 5 Rn. 25.; ebenso *Lindner* in Schmidt, § 16 Rn. 46: „Blankettermächtigung“; *Gärditz/Abdulsalam* GSZ 2020, 108 (114): „inhaltsleere Globalermächtigung“.

B. Gesetzliche Regelung zur Weitergeltung von Rechtsverordnungen und Anordnungen, FDP-Fraktion, BT-Drucksache 19/20042

Zur sachlichen, wirklichkeitswissenschaftlichen Sinnhaftigkeit der Weitergeltung müssen die Experten und Betroffenen aus dem Bereich des Gesundheitswesens Stellung beziehen.

Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist hier aus gegebenem Anlass zu sagen, dass es für jede inhaltliche Weitergeltung in der Tat Not tut, diese auf eine verfassungsrechtlich akzeptable gesetzliche Grundlage zu stellen, d.h. diese in einem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren auch unter der staatsorganisationsrechtlich vorgesehenen Beteiligung des Bundesrates festzuschreiben.

Fraglich ist hier allerdings der Weg, eine Weitergeltung von Verordnungen und Anordnungen auf die konkret vorgeschlagene Weise per Gesetz absichern zu wollen. Immerhin sind hier weite Bereiche des Ausbildungsrechts und Prüfungsrechts betroffen, also ein sehr grundrechtsrelevanter Bereich gem. Art. 12 Abs. 1 GG, Art. 3 Abs. 1 GG.

Nach der Wesentlichkeitsrechtsprechung der Verfassungsgerichtsbarkeit muss der Gesetzgeber „in grundlegenden normativen Bereichen, zumal im Bereich der Grundrechtsausübung, soweit diese staatlicher Regelung zugänglich ist, alle wesentlichen Entscheidungen selbst […] treffen".

> BVerfGE 61, 260 (275); Hollo, in Kießling, IfSG, 1. Aufl. 2020, § 5 Rn. 28 f.; *Ritgen* LK 2020, 137 (140); *Kluckert* in Kluckert, § 2 Rn. 102 ff.

Hierfür genügt aber nicht alleine eine irgendwie geartete parlamentarische Befassung, sondern es ist das transparente Gesetzgebungsverfahren zu einem formell-materiellen Gesetz zu durchlaufen. Ob hierfür die nachträgliche gesetzliche Weitergeltungsanordnung für Rechtsverordnungen und Anordnungen genügt, deren bisherige Wirksamkeit und Verfassungsmäßigkeit zu Recht bestritten ist, ist sehr ungewiss.

C. Antrag der Grünen auf Einberufung eines Pandemierats, BT-Drucksache 19/20656

Der Antrag könnte Sinn machen, wenn es gerade nicht eine nach dem Arche-Noah-Prinzip besetztes politisches Diskussionsforum werden soll. Der Vorschlag der Grünen lässt mit der Einbeziehung von Klima- und Nachhaltigkeitsforschern und Sozialwissenschaftlern etc. eine stark politisierte Ausrichtung befürchten. Auch dass der Rat paritätisch mit Männern und Frauen besetzt sein muss, ist jedenfalls bei einem Expertengremium kein sachgerechtes Auswahlkriterium. Was ist etwa, wenn es auf den relevanten Forschungsgebieten mehr hochkompetente Frauen als Männer gibt oder sich die führende Kapazität als „divers" einstuft?

Richtig wäre es, verschiedene medizinische Disziplinen einzubeziehen – neben Virologie und Epidemiologie auch Psychiatrie, Geriatrie, Kardiologie etc., um ein umfassendes Bild von den Auswirkungen sowohl der eigentlichen Infektionskrankheit als auch der Gegenmaßnahmen auf die Gesundheit der Menschen zu gewinnen.

Für die Berufung der Expertinnen und Experten kommt ein fakultäts- bzw. institutsbasiertes Peer-Review-Verfahren in Betracht. Ausschlaggebend für die Nominierung und Auswahl haben der wissenschaftliche Ruf und die Unabhängigkeit der Experten zu sein. Dabei dürfen auch vorübergehende Abhängigkeiten, insbesondere in Form von

Drittmittelstudien, nicht außer Betracht bleiben. Eine Berufung durch die Bundesregierung, wie vorgeschlagen, oder über die staatliche Gesundheitsverwaltung von Bund und Ländern sollte vermieden werden, um das Vertrauen der Bevölkerung in die Unabhängigkeit des Expertenrats zu stärken.

Das Expertengremium kann auf diese Weise zwar keine eigenen Entscheidungsbefugnisse haben, aber eine mit großer Mehrheit ausgesprochene Empfehlung der nach diesen Kautelen berufenen führenden Experten hätte ein umso höheres faktisches Gewicht sowohl in den zur Entscheidung berufenen staatlichen Institutionen als auch in der Bevölkerung, wo eine solche Strukturierung des Expertenrats zugleich Verschwörungstheorien entgegenwirken würde.

Dresden, den 7. September 2020

Prof. Dr. Michael Elicker